



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA LABORAL**

AUDIENCIA NÚMERO 118

Juzgamiento

Santiago de Cali, treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA NÚMERO 115

Acta de Decisión N° 035

El Magistrado Ponente **CARLOS ALBERTO OLIVER GALE**, en asocio de los Magistrados **MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO** y **LUIS GABRIEL MORENO LOVERA** integrantes de la **SALA DE DECISIÓN LABORAL**, proceden a dictar **SENTENCIA** en orden a resolver la Consulta y Apelación de la Sentencia N° 262 del 09 de noviembre del 2020, proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia instaurado por el señor **ABELARDO ROMERO HINCAPIE** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, bajo la radicación N° 76001-31-05-007-2020-00033-01.

ANTECEDENTES

Las pretensiones incoadas por el demandante en el escrito de demanda consisten en que, se declare la ineficacia de su afiliación efectuada al RAIS con **PORVENIR S.A.** y las posteriores dentro del citado régimen con **COLFONDOS S.A.** y demás; se declare que esta válidamente afiliado al RPMPD administrado por **COLPENSIONES**; se condene a **COLFONDOS S.A.** trasladar a **COLPENSIONES** el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual, rendimientos y gastos de administración; se condene a **COLPENSIONES** actualizar su historia laboral conforme a las cotizaciones efectuadas en el RAIS; finalmente requirió la condena de costas procesales a las demandadas.



Informan los hechos relevantes de la demanda materia del litigio que, el actor nació el 11/06/1959; que empezó a cotizar al RPMPD regido por el ISS hoy **COLPENSIONES**, desde el 14/02/1986 hasta el 25/07/1994 y cotizó 344 semanas ; que se trasladó al RAIS con HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.**, en el mes de julio de 1994 bajo el argumento de que, con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 era obligatorio la afiliación a las fondos privados debido a que los fondos estatales desaparecerían; aduce que, HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.**, no le informó acerca del financiamiento, condiciones, requisitos, riesgos y monto de su pensión al momento de trasladarse, ni se le dio a conocer la posibilidad de retornar al RPMPD o retractarse de su afiliación.

Que **COLFONDOS S.A.** le persuadió de trasladarse en el mes de diciembre del 2003 e indica que, tampoco recibió información clara, completa y precisa de las implicaciones de su afiliación, ni se le dio a conocer escenarios comparativos de su pensión en ambos regímenes; que su actual fondo es **COLFONDOS S.A.**; que radicó el 25/09/2019 ante **PORVENIR S.A.** y **COLFONDOS S.A.**, solicitud de nulidad de afiliación por vicio en su consentimiento y copia de los documentos de la afiliación, empero, a la fecha del escrito **PORVENIR S.A.** no ha generado respuesta y **COLFONDOS S.A.** mediante misiva del 17/10/2019 emitió respuesta desfavorable con la entrega del formulario de afiliación; que elevó el 25/09/2019 ante **COLPENSIONES**, la activación de su afiliación al RPMPD, no obstante, la entidad se negó.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Admitida la demanda se surtió el traslado de rigor procediendo a contestar el libelo.

COLPENSIONES indica que, son ciertos los hechos 1°, 2°, 3°, 22°, 29° y 30°; que no es cierto 24° y respecto del resto refiere que no le constan. Se opuso a las pretensiones y formuló como excepciones de fondo: *la Innominada, Inexistencia de la obligación y Cobro de lo no debido, Buena fe y Prescripción.*

PORVENIR S.A. manifiesta que, son ciertos los hechos 1°, 3°, 5°, 6° y 25°; que no son ciertos el 4°, del 8° al 13°, 21°, 24° y 26°; en cuanto a los demás expresa que no le constan. Se opuso a las pretensiones e impetró las



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

excepciones de mérito denominadas: *Prescripción, Prescripción de la acción de nulidad, Cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y Buena fe.*

COLFONDOS S.A. por su parte presentó allanamiento a las pretensiones de la demanda el 06/07/2020.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali, mediante Sentencia N° 262 del 09 de noviembre del 2020, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR INEFICAZ el allanamiento presentado por COLFONDOS S.A.

SEGUNDO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por las demandadas.

TERCERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación efectuada por el señor ABELARDO ROMERO HINCAPIE identificado con la CC. No. 4.711.664 al fondo HORIZONTE hoy PORVENIR SA, posterior traslado al fondo COLPATRIA hoy PORVENIR SA, más adelante al fondo HORIZONTE hoy PORVENIR SA, seguidamente al fondo COLFONDOS SA, ulteriormente al fondo HORIZONTE hoy PORVENIR SA y finalmente a COLFONDOS SA. En consecuencia DECLARAR que para todos los efectos legales el actor nunca se trasladó al RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD y por lo mismo siempre permaneció en el RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA.

CUARTO: Como secuela obligada de la anterior determinación, el demandante, deberá ser admitido nuevamente en el régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, conservando todos los beneficios que pudiera llegar a tener si no hubiera realizado el mencionado traslado, dejando sin efecto jurídico alguno el mismo.

QUINTO: ORDENAR a COLFONDOS SA y PORVENIR SA, a devolver, todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado. Además deberán a devolver, el porcentaje de gastos de administración y porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, en que se hubiere incurrido respecto de las cotizaciones del actor, de forma proporcional al tiempo en que estuvo en cada uno de los mencionados fondos privados, éstos dos últimos con cargo a su propio patrimonio.

SEXTO: COSTAS a cargo de PORVENIR SA y COLFONDOS S.A., se fijan como agencias en derecho la suma de 2 SMLMV. Para cada una. Líquidense por Secretaría.

SEPTIMO: Sin costas a cargo de COLPENSIONES.

OCTAVO: CONSULTESE con el Superior la presente decisión en el evento de no ser apelada.”

RECURSO DE APELACIÓN



Inconforme con el fallo de primera instancia, la apoderada judicial de **PORVENIR S.A.** interpuso recurso de apelación, esgrimiendo como argumentos de su discrepancia lo siguiente:

- La información entregada al demandante se efectuó de manera verbal y el único documento exigible es el formulario de afiliación, imponiéndosele a Porvenir una carga probatoria más allá del formulario; se cumplieron con todas las obligaciones legales y reglamentaria para la época del traslado, que solo a partir del 2015 se le exige los fondos la acreditación que se cita en la demanda; que la solicitud elevada por el actor de nulidad del traslado surge a portas del reconocimiento de su pensión de vejez, lo que permite concluir que, su deseo de retornar al RPMPD no obedece a una supuesta falta al deber de información sino a un mayor valor de su mesada y el no cumplimiento de su expectativa.

Que, si bien se manifiesta en el hecho cuarto de la demanda que, el fondo expresó la desaparición del ISS, empero, al transcurrir los años y los posteriores traslados horizontales dentro del RAIS como la no desaparición del fondo estatal, el demandante decidió permanecer en el RAIS; que Porvenir no posee en su haber dinero alguno del actor, toda vez que, toda suma se trasladó a su actual fondo que es Colfondos, no siendo procedente la orden de devolver cualquier suma por concepto de cotizaciones y rendimientos; que la entidad siempre actuó de buena fe y las acciones tendientes a declarar la nulidad del traslado se encuentran prescritas por cuanto no se tratan de derechos pensionales sino de un supuesto engaño al momento de la afiliación.

Que, respecto a las sumas a devolver como cotizaciones, rendimientos y bonos pensionales reitera que dicha obligación está a cargo de Colfondos; de los gastos de administración y sumas del fondo de garantía de pensión mínima aduce que, son sumas ya causadas para la gestión de los recursos cuando estuvo afiliado el demandante a HORIZONTE y COLPATRIA, por ende, si la entidad no incurrió en ningún tipo de falta al derecho, no debe verse afectada en su patrimonio al devolver estas sumas, generándose un enriquecimiento sin causa en favor de Colpensiones en detrimento de Porvenir, por cuanto dichas sumas sirvieron para cubrir las contingencias de

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

invalidez y muerte cuando estuvo afiliado; de las sumas adicionales de la aseguradora refiere que la entidad no está obligada a restituir dichos emolumentos pagados a las aseguradoras respectivas, dineros ya extinguidos, por ende solicita la revocatoria del fallo en su integridad y bajo el principio de la *non reformatio in pejus*, Porvenir como único apelante no podría agravársele su condena.

Las partes presentaron alegatos de conclusión que se circunscribe a lo debatido en primera instancia, y en el contexto de la providencia se da respuesta a los mismos.

CONSIDERACIONES DE LA SALA**Cuestión Preliminar**

Se advierte que la Sentencia en estudio se conoce en el Grado Jurisdiccional de Consulta por ser adversa a Colpensiones, respecto de la cual es garante la Nación (art. 69, inciso 2 CPTSS).

Caso Concreto

El problema jurídico a resolver se circunscribe en establecer por esta Sala de Decisión, si es procedente o no declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el señor **ABELARDO ROMERO HINCAPIE** del RPMPD administrado por el ISS hoy **COLPENSIONES** al RAIS gestionado por HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.** y los posteriores con COLPATRIA hoy **PORVENIR S.A.** y **COLFONDOS S.A.**; como secuela de lo anterior en caso afirmativo se ordene la transferencia al RPMPD administrado por **COLPENSIONES** los recursos causados por el demandante en el RAIS tales como cotizaciones, rendimientos, gastos de administración, sumas adicionales de la aseguradora entre otros, estudio del principio de la *non reformatio in pejus* y el fenómeno de la prescripción

El eje central estriba en determinar si HORIZONTE, COLPATRIA ambas hoy **PORVENIR S.A.** y **COLFONDOS S.A.** le suministraron al señor **ROMERO HINCAPIE**, la información cierta, suficiente, clara y oportuna al momento de autorizar sus traslados; información que le permitiera conocer

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

adecuadamente sus derechos, obligaciones y costos inherentes de los dos regímenes coexistentes del Sistema General de Pensiones.

De esta forma, el deber de asesoría y buen consejo en cabeza de las mentadas AFP hacia el demandante, comporta el análisis previo, calificado y holístico de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor le informe lo pertinente; esta fase supone un acompañamiento e interacción con personas expertas en la materia que le permitan al trabajador, con respaldo en la opinión, sugerencia o ilustración de su asesor, tomar decisiones responsables en torno a la inversión más apropiada de sus ahorros pensionales. (C.S.J.- SL1688-2019 del 08-05-2019- Radicación N° 68838- MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo)

EL DEBER DE INFORMACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA DE CASACIÓN LABORAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA E INEFICACIA DE TRASLADO

Al respecto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en Sentencia Radicación N° 33083 del 22 de noviembre del año 2011, MP. Elsy del Pilar Cuello Calderón, rememora las Sentencias del 9 de septiembre del año 2008, Radicaciones N° 31989 y N° 31314, las cuales manifestaron que:

“La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.”

“La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.”

“Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.”

*“Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, **la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar,***

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica”.

*“En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera **la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.***

*“No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues **lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña.**”*

Respecto a los múltiples traslados de AFP:

*“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, **no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen** que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales”.*

Es menester resaltar que, recientemente en Sentencia SL1452-2019 del 3 de abril del año 2019, Radicación N° 68852 MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo, reiterada en la Sentencia SL1688-2019 del 8 de mayo del año 2019, Radicación N° 68838 de la misma ponente; providencias en la cual la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia estudió la figura de la ineficacia del traslado e indicó como puntos de análisis los siguientes:

“Con el fin de ofrecer una mirada completa a los problemas jurídicos que plantea la recurrente, la Corte analizará (1) la obligación relativa al deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, y (2) si para dar por satisfecho ese deber, es suficiente con diligenciar el formato de afiliación. Así mismo, (3) determinará quién tiene la carga de la prueba en estos eventos, y (4) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado tiene una expectativa de pensión o un derecho causado.”

Para finalmente concluir que:

“De acuerdo con lo expuesto, el Tribunal cometió todos los errores imputados, Tercero, al sustraerse de su deber de verificar si la AFP brindó al afiliado información necesaria y objetiva sobre las características, riesgos y consecuencias del traslado; segundo, al plantear que la suscripción del formulario de afiliación era suficiente para materializar el traslado; tercero, al invertir la carga de la prueba en desfavor de la demandante y, cuarto, al supeditar su ineficacia a que el afiliado tuviese una suerte de derecho consolidado o proximidad a pensionarse.”



Por otro lado, en Sentencia SL3464-2019 del 14 de agosto del 2019 de la MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo, señaló que:

“(…) declarada la ineficacia, las partes, en lo posible, deben volver al mismo estado en que se hallarían si no hubiere existido el acto de afiliación. O, dicho de otro modo, el propósito es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre).”

Es pertinente traer a colación lo consagrado en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el cual prescribe que, el empleador o cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, se hará acreedor a una multa determinada en la norma y **la afiliación respectiva quedará sin efecto** en otras palabras ineficaz.

La información adquiere un status primordial en este tipo de actos, en los cuales las AFP deben proporcionar al futuro afiliado datos inherentes al traslado y sus implicaciones, así se estableció en Sentencia del 3 de septiembre del año 2014, SL12136-2014, Radicación N° 46292 de la Corte Suprema de Justicia:

*“Para este tipo de asuntos, se repite tales, tales asertos no comprenden solo los beneficios que dispense el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el **monto de la pensión que en cada uno se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación.** Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba siendo aplicable.”*

Ahora bien, respecto a las figuras de nulidad e ineficacia, es necesario puntualizar que la Corporación de Cierre de la Jurisdicción Ordinaria ha indicado que:

*“La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, **el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas** (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.*

*Por lo expuesto, **resulta equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la***

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

*(...) Es claro entonces que **la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable**, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, **la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos.**"*

(C.S.J.- SL1688-2019 del 08-05-2019- Radicación N° 68838- MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo)

De lo esbozado se tiene que, resulta inexacto analizar el presente asunto desde la óptica de las nulidades y sus particularidades exceptuando solo sus consecuencias prácticas, por ende, el presente asunto gravita en determinar la procedencia de la ineficacia de un traslado de régimen pensional producto de la omisión información de manera oportuna como antesala a la afiliación del demandante y no un traslado de régimen.

Del formulario de afiliación suscrito entre el demandante y las demandadas regentes del RAIS, la jurisprudencia de la Corte estipula que:

*"(...) la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, **no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.**"*

(C.S.J.- SL1688-2019 del 08-05-2019- Radicación N° 68838- MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo)

Por ende, la simple firma del afiliado en la solicitud de vinculación y/o traslado no exhibe una comprensión integral del acto del traslado; dado que, la libertad presupone conocimiento pleno de las consecuencias de una decisión; sin información suficiente no hay autodeterminación, puesto que, el potencial afiliado debe conocer de antesala las aristas de sus traslados y las implicaciones que devienen en su prestación a futuro. *(C.S.J.- SL1688-2019 del 08-05-2019- Radicación N° 68838- MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo)*

Ahora bien, de la carga de la prueba en este tipo de asuntos se tiene que está en cabeza de las AFP y son estas quienes deben demostrar y acreditar sin asomo de duda que surtieron todas las actuaciones encaminadas a que los potenciales afiliados conocieran el alcance de sus traslados tal como lo dictamina la Corte en su profuso análisis:



*“Si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca. En consecuencia, si el afiliado afirma que, al realizarse el traslado de régimen pensional, **la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento.***

*En ese sentido, **tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. En consecuencia, como el afiliado al sistema no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.***

*Al respecto, el artículo 1604 del Código Civil establece que **«la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo»**, de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional. “ (C.S.J.-SL1688-2019 del 08-05-2019- Radicación N° 68838- MP Clara Cecilia Dueñas Quevedo)*

Finalmente, la regulación del derecho de información de los consumidores financieros también entiéndanse como afiliados al sistema de pensiones, está tipificada en las siguientes normas aplicables al caso, veamos:

Artículo 13, literal b de la Ley 100 de 1993, el cual rige el derecho a la información o libertad informada; el artículo 15 del decreto 656 de 1994, que trata sobre reglamento de funcionamiento de los fondos de pensiones, donde se consagran, entre otros, los derechos y deberes de los afiliados y de las administradoras, régimen de gastos, reglamento que debe ser entregado al afiliado; el artículo 3 del Decreto 1661 de 1994, sobre derecho de retracto y en donde se establece el derechos de informar de manera clara y por escrito a los potenciales afiliados el derecho a retractarse.

De igual manera, le son aplicables a los fondos privados normas del sistema financiero sobre el deber de información (Decreto 663 de 1993, artículos 72.f, 97.1, 98.4 y 325c y d); percatándose este colegiado la ausencia total del cumplimiento de dichas disposiciones por parte de HORIZONTE, COLPATRIA ambas hoy **PORVENIR S.A.** y **COLFONDOS S.A.** al momento de surtirse los traslados, al no obrar dentro del sumario prueba alguna que demuestre lo contrario.

A raíz de lo expuesto se colige que, HORIZONTE, COLPATRIA ambas hoy **PORVENIR S.A.** y **COLFONDOS S.A.** no le brindaron al señor **ABELARDO ROMERO HINCAPIE**, una asesoría completa, adecuada y pertinente de las condiciones, características e implicaciones de sus traslados,



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

conforme a reporte de Asofondos que a continuación se anexa y que milita en la contestación de **PORVENIR S.A.**, veamos:

Historial de vinculaciones

Hora de la consulta : 11:35:52 AM
Afiliado: CC 4711664 ABELARDO ROMERO HINCAPIE

Vinculaciones para : CC 4711664

Tipo de vinculación	Fecha de solicitud	Fecha de proceso	AFP destino	AFP origen	AFP origen antes de reconstrucción	Fecha inicio de efectividad	Fecha fin de efectividad
Traslado regimen	1994-07-25	2004/04/16	HORIZONTE	COLPENSIONES		1994-08-01	1998-12-31
Traslado de AFP	1998-11-12	2004/04/16	COLPATRIA	HORIZONTE		1999-01-01	1999-12-31
Traslado de AFP	1999-11-05	2004/04/16	HORIZONTE	COLPATRIA		2000-01-01	2001-07-31
Traslado de AFP	2001-06-26	2004/04/16	COLFONDOS	HORIZONTE		2001-08-01	2002-12-31
Traslado de AFP	2002-11-25	2004/04/16	HORIZONTE	COLFONDOS		2003-01-01	2004-01-31

5 registros encontrados, visualizando todos registros.
1

Vinculaciones migradas de Mareigua para: CC 4711664

Fecha de novedad	Fecha de proceso	Código de novedad	Descripción	AFP	AFP involucrada
1994-07-25	1996-06-13	01	AFILIACION	HORIZONTE	
1998-11-12	1998-12-10	79	TRASLADO AUTOMATICO	COLPATRIA	HORIZONTE
1999-11-05	1999-12-10	79	TRASLADO AUTOMATICO	HORIZONTE	COLPATRIA
2001-06-26	2001-11-07	79	TRASLADO AUTOMATICO	COLFONDOS	HORIZONTE
2002-11-25	2003-01-07	79	TRASLADO AUTOMATICO	HORIZONTE	COLFONDOS
2003-12-18	2004-01-07	79	TRASLADO AUTOMATICO	COLFONDOS	HORIZONTE

6 registros encontrados, visualizando todos registros.
1

Imprimir Regresar

Y como los susodichos fondos privados no acreditaron el cumplimiento de su deber legal de información y buen consejo para con el demandante implica que nunca lo acataron, configurándose la ineficacia deprecada, cuyo efecto es privar de todo efecto práctico los traslados, bajo la ficción jurídica de que nunca se trasladó al RAIS o, más bien, siempre estuvo afiliado al RPMPD.



Devolución de Gastos de Administración y Otros

La ineficacia trae como consecuencia que jamás existió esa mácula en el historial de movimientos del demandante (*traslado de régimen*) y posteriores, que hoy le impiden movilizarse libremente entre regímenes pensionales, debido a la proximidad del cumplimiento del requisito de edad para pensionarse y para que **COLPENSIONES** mantenga la relación jurídica primigenia de afiliación al S.G.S.S.P del señor **ABELARDO ROMERO HINCAPIE**, involucra la imposición de cargas que irían en menoscabo del fondo público a cargo de dicha entidad, cargas que serán impuestas a **PORVENIR S.A.** y **COLFONDOS S.A.** a título de sanción por la omisión del deber de información.

No es de recibo los argumentos esgrimidos en la apelación, en el sentido de que **PORVENIR S.A.** no está obligado a restituir los gastos de administración y demás emolumentos generados, toda vez que, por un lado, la ineficacia busca borrar de plano el traslado primigenio al RAIS y los posteriores, volviendo las cosas al estado inicial y, por otro lado, el citado fondo tuvo en su poder los dineros, los cuales usufructuó, por ende, debe devolverlos en toda su integridad.

Se modificará la condena de devolución de sumas adicionales de aseguradora por primas de seguros previsionales, en el entendido de que, no se han causado dichos emolumentos hasta la fecha. Se adicionará al numeral Quinto del fallo en estudio, en el sentido de ordenar a **PORVENIR S.A.** y **COLFONDOS S.A.** la transferencia a **COLPENSIONES** las sumas por concepto de primas de seguros previsionales en lugar de las sumas adicionales de la aseguradora, cancelar y remitir al emisor cualquier bono pensional a favor del demandante y en general los pagos ejecutados por comisión de todo orden; así como también la devolución de las cotizaciones voluntarias al actor, si se hicieron.

Se fundamenta lo previamente resuelto en las restituciones mutuas producto de la ineficacia respecto a la cual se aplica el artículo 1746 del C.C., al no existir norma que regule la temática de ineficacia tanto en la Ley 100 de 1993 como en materia comercial, haciendo uso de la analogía del citado artículo, posición que asume tanto la Jurisprudencia Civil como la Laboral; todo ello con el fin de suplir cualquier déficit fiscal que se pudiera ocasionarse con el traslado del demandante al fondo común.



Non Reformatio In Pejus

Si bien es cierto, el argumento esgrimido por la apoderada encuentra asidero en normas constitucionales y legales, no es menos cierto que el presente asunto se encuentra que la decisión fue adversa a los intereses de **COLPENSIONES** respecto de la cual es garante la Nación, por ende, el estudio de la decisión se hace también en virtud del grado jurisdiccional de consulta en cabeza del ente público, del cual cabe manifestar que la propia Corte Constitucional en sentencia C-424 del 2015 estableció que:

“(i) no es un recurso ordinario o extraordinario, sino un mecanismo de revisión oficiosa que se activa sin intervención de las partes; (ii) es un examen automático que opera por ministerio de la ley para proteger los derechos mínimos, ciertos e indiscutibles de los trabajadores y la defensa de la justicia efectiva y, (iii) al ser un control integral para corregir los errores en que haya podido incurrir el fallador de primera instancia, no está sujeto al principio de non reformatio in pejus.”

Por lo expuesto, se llega a la conclusión de que no se puede dar aplicación del citado principio por cuanto no solo opera la apelación en la revisión del fallo sino la consulta a favor del ente público, dando origen a la adición del fallo rubros desconocidos por el A quo, los cuales deben ser restituidos para salvaguardar el fondo común.

Prescripción

De la citada excepción cabe destacar que, el traslado de régimen pensional está ligado al derecho irrenunciable e imprescriptible a la Seguridad Social, y más concretamente al derecho a la pensión de vejez, el cual tiene la connotación de imprescriptible; situación que se le comunica un aspecto esencial como el consentimiento informado al momento de un traslado de régimen, ello en consideración a que se constitucionalizó el derecho a la Seguridad Social en el artículo 48 de la Carta Política.

Respecto al tema, la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL1688-2019 del 8 de mayo del año 2019, planteó sobre la prescripción de la acción de ineficacia del traslado lo siguiente:

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

“Sobre el particular, la Sala considera que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible.

*En efecto, de manera reiterada y pacífica, **la Corte ha defendido la tesis de que las acciones judiciales encaminadas a que se compruebe la manera en que ocurrió un hecho o se reconozca un estado jurídico, son imprescriptibles.** Lo anterior, bajo la premisa de que ni los hechos ni los estados jurídicos prescriben, a diferencia de lo que ocurre con los derechos de crédito y obligaciones que surjan de ello.*

*Dicho de otro modo: **no prescriben los hechos o estados jurídicos, pero sí los derechos u obligaciones que dimanen de esa declaración.** De allí que sea viable la declaratoria de una situación jurídica y a continuación declarar prescritos los derechos patrimoniales derivados de ese reconocimiento.*

(...)

*Conforme lo explicado, **los afiliados al sistema general de pensiones pueden solicitar, en cualquier tiempo, que se declare la ineficacia del traslado entre regímenes pensionales y, por esa vía, que se reconozca a cuál de los dos regímenes pensionales (RPMPD o RAIS) se encuentran afiliados.** Lo expuesto no es algo nuevo en la jurisprudencia del trabajo, pues incluso desde la sentencia CSJ SL795-2013 ya la Corte había adoctrinado que «el asegurado está legitimado para interponer, en cualquier tiempo, reclamos relacionados con la afiliación, las cotizaciones, el ingreso base de cotización y todos aquellos componentes de la pensión».*

En conclusión, el derecho a solicitar la Ineficacia del Traslado no tiene término de prescripción, toda vez que, el afiliado está legitimado sin límite temporal a reivindicar temas relacionados con su afiliación, cotizaciones y en general todo componente de la pensión, máxime que, los hechos o estados jurídicos son imprescriptibles, así lo determinó la Corporación de cierre.

Costas en esta instancia a cargo de **PORVENIR S.A.** por la no prosperidad del recurso impetrado, de conformidad al artículo 365 numeral 1 del C.G.P.

En mérito de lo expuesto, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley;

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR Y ADICIONAR al numeral Quinto de la Sentencia Consultada y Apelada N° 262 del 09 de noviembre del 2020, proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de que **PORVENIR- HORINZONTE-COLPATRIA y COLFONDOS**, en los tiempos en que

TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

estuvo vinculado el demandante a dichos fondos debe devolver las sumas pagadas por concepto de primas de seguros previsionales en lugar de las sumas adicionales de la aseguradora; cancelar y remitir al emisor cualquier bono pensional a favor del demandante y en general los pagos ejecutados por comisión de todo orden; así como también la devolución de las cotizaciones voluntarias al actor, si se hicieron. Las anteriores sumas deben devolverse junto con sus rendimientos. CONFIRMAR el citado numeral en lo demás.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás sustancial, la Sentencia Consultada y Apelada N° 262 del 09 de noviembre del 2020, proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se fijan como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 en favor de la parte demandante.

CUARTO: A partir del día siguiente a la inserción de la presente decisión en la página web de la Rama Judicial en el link de sentencias del Despacho, comienza a correr el término para la interposición del recurso extraordinario de casación, para ante la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, si a ello hubiere lugar.

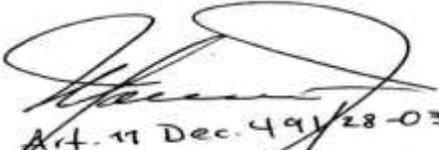
QUINTO: Por secretaría remítase copia de esta providencia a los correos registrados por las partes y apoderados. Déjese constancia en el expediente digital de esta remisión.

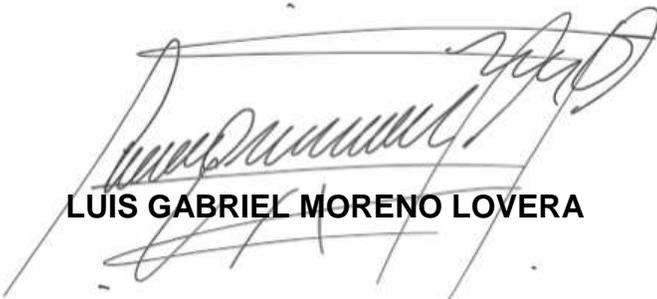
NOTIFÍQUESE POR VÍA LINK RAMA JUDICIAL O CUALQUIER OTRO MEDIO VIRTUAL EFICAZ

Se firma por los magistrados integrantes de la Sala:

CARLOS ALBERTO OLIVER GALÉ




Art. 11 Dec. 491/28-03-2020
MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO


LUIS GABRIEL MORENO LOVERA
Firmado Por:

CARLOS ALBERTO OLIVER GALE
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
Despacho 005 De La Sala Laboral Del Tribunal Superior De Cali

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:
c6c4aacb6dd74adac3a78a2b1df630e91da585f805c05ad4b2a5518fae65bf6b
Documento generado en 30/04/2021 10:36:38 AM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>